

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Reconnaissance d'un enfant hors mariage

Rasson, Anne-Catherine

*Published in:*

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Rasson, A-C 2011, 'Reconnaissance d'un enfant hors mariage: l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n°144/2010 de la Cour constitutionnelle', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, p. 47-68.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n°144/2010 de la Cour constitutionnelle

Anne-Catherine Rasson\* - Assistante aux FUNDP Namur, avocate au Barreau de Bruxelles, chargée de cours au CPF  
Louvain-la-Neuve

## — RÉSUMÉ

Le présent article trouve son origine dans l'arrêt n°144/2010 prononcé par la Cour constitutionnelle le 16 décembre 2010.

Dans cet arrêt, la Cour sanctionne, pour la première fois, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci. Elle considère que l'âge pivot d'un an visé à l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil est inadéquat et qu'en matière de demande de reconnaissance hors mariage, l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte quel que soit son âge.

Deux effets majeurs découlent, selon nous, de cette décision de la Cour constitutionnelle. Premièrement, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 risque d'être « décomposée » petit à petit, ébranlant, ainsi, le droit de la filiation nouveau. Deuxièmement, l'intérêt de l'enfant semble être devenu un critère essentiel en cette matière. Nous venons même à nous demander s'il n'a pas supplanté le principe d'égalité.

Enfin, tenant compte de ces effets, nous nous interrogeons sur l'avenir du droit de la filiation et proposons deux pistes de réflexion.

47

## — SAMENVATTING

Dit artikel bespreekt het arrest nr. 144/2010 van het Grondwettelijk Hof van 16 december 2010.

In dit arrest oordeelt het Grondwettelijk Hof voor het eerst dat bepalingen van de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, ongrondwettelijk zijn. Het Hof oordeelt dat de leeftijd van één jaar vervat in artikel 329*bis*, § 2, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, niet pertinent is en dat bij het vaststellen van de afstamming buiten het huwelijk rekening dient gehouden met het belang van het kind.

Het arrest heeft twee gevolgen. Vooreerst bestaat het risico dat de wet van 1 juli 2006 beetje bij beetje wordt "uiteengerafeld", waardoor het nieuwe afstammingrecht wordt ondermijnd. Ten tweede blijkt dat het belang van het kind een wezenlijk element is geworden van deze materie. Men kan zelfs de vraag stellen of het gelijkheidsbeginsel niet wordt verdrongen.

Ten slotte, rekening houdend met deze gevolgen, wordt een blik geworpen op de toekomst van het afstammingsrecht waarbij twee denkpijsten worden toegelicht.

\* Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont relu avec attention la présente contribution et particulièrement Jehanne Sosson pour ses judicieux conseils et notre échange.

## Introduction

1. Le 16 décembre 2010, la Cour constitutionnelle a rendu son premier « arrêt-sanction »<sup>1</sup> à l'égard de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.

Deux conséquences majeures résultent de cet arrêt. D'une part, comme le craignaient de nombreux auteurs et certains parlementaires, la Cour a condamné sans appel l'un des choix clés du législateur<sup>2</sup> ; un « effet boule de neige »<sup>3</sup> pourrait suivre. D'autre part, cet arrêt confirme l'attention particulière que porte la Cour constitutionnelle, depuis déjà plusieurs années, à l'intérêt de l'enfant dans le cadre des procédures de reconnaissance d'enfant.

2. Dans un premier point, nous exposons les éléments essentiels de l'arrêt n° 144/2010. Ensuite, nous analysons les deux conséquences relevées ci-dessus, soit l'amorce de la « décomposition »<sup>4</sup> de la loi du premier juillet 2006 et l'importance de l'intérêt de l'enfant aux yeux de la Cour constitutionnelle en matière de demande de reconnaissance d'enfant. Enfin, tenant compte de ces enseignements, nous proposons deux pistes pour l'avenir.

3. Nous allons l'examiner, le droit belge de la filiation a déjà été malmené à bien des reprises dans le passé. Il faut, à présent, espérer que la sanction constitutionnelle sera entendue par le législateur et qu'il prendra, sans tarder, ses responsabilités.

## I. L'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle<sup>5</sup>

4. En réponse à la question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Bruges<sup>6</sup>, la Cour constitutionnelle dit pour droit que l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution « *en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande de reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant non émancipé à reconnaître, introduite par un homme qui est le père biologique, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation* ».<sup>7</sup>

5. Les faits à l'origine de cet arrêt sont simples. Une femme, N.G., accouche d'un enfant le 1<sup>er</sup> novembre 2007. Par citation du 5 août 2008, un homme, A.R.A., introduit une action en autorisation de reconnaissance en qualité de père de l'enfant, sur pied de l'article 329*bis*,

<sup>1</sup> A notre connaissance, la Cour constitutionnelle n'a statué qu'une seule fois, avant l'arrêt n° 144/2010, à l'égard des dispositions du Code civil modifiées par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006. Il s'agissait d'une question préjudicielle concernant l'article 335 du Code civil qui fixe les règles relatives au nom. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution (arrêt du 21 octobre 2010, n° 114/2010).

<sup>2</sup> Voy. Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 438-439.

<sup>3</sup> L'expression a été empruntée à Nathalie MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », note sous C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010 *Act. dr. fam.* 2011/1, p.3.

<sup>4</sup> Selon l'expression d'Alain-Charles VAN GYSEL « Le droit belge de la filiation décomposé », note sous C.A., 14 juillet 1994, *J.T.* 1995, p. 701.

<sup>5</sup> Cet arrêt a déjà fait l'objet des commentaires suivants : Patrick SENAËVE, « Ontwikkelingen van het afstammingsrecht 2007-2010 », in P. SENAËVE et Y. DU MONGH, *Personen en familierecht*, Themis 61, Brugge, die Keure, 2011; Nathalie MASSAGER « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *op. cit.* ; Noëlle DE VISSCHER, *La place du juge en matière de reconnaissance d'un enfant né hors mariage*, <http://www.justice-en-ligne.be>, 11 février 2011 ; Lieve STEVENS, « Leeftijd kind niet relevant bij belangenafweging erkenning », *Juristenkrant*, 9 februari 2011, pp. 4 en 5 ; Nicole GALLUS, *Filiation paternelle hors mariage : la Cour constitutionnelle, l'intérêt de l'enfant et la discrimination fondée sur ce dernier*, <http://www.justice-en-ligne.be>, 13 janvier 2011; Christine MELKEBEEK « Waar zit het verschil in belang tussen een kind van 364 dagen en een kind van 366 dagen oud? », note sous C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, *TJK*, 2011/2, pp 140-142., Frederik SWENNEN, « De toets aan het belang van de vaderlijke erkenning », *T.Fam.*, 2011/4, pp.57-61.

<sup>6</sup> « L'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il permet au tribunal de refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, alors que, pour la demande introduite dans l'année qui suit la naissance, seul un contrôle de la réalité biologique peut avoir lieu ? ».

<sup>7</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, dispositif.

§2, alinéa 3, du Code civil.<sup>8</sup> La mère s'oppose à cette reconnaissance, qu'elle considère contraire à l'intérêt de son enfant. Elle justifie sa position en exposant qu'A.R.A. est agressif, qu'il a des problèmes liés à l'alcool et à la drogue et qu'il l'a violée durant sa grossesse, fait pour lequel il a été condamné au pénal.<sup>9</sup>

6. Le Tribunal de première instance de Bruges, après avoir déclaré le recours recevable, ordonne une expertise. N.G. refuse d'y participer, de sorte que le Tribunal juge, le 12 février 2010, qu'il n'est pas prouvé que A.R.A. n'est pas le père biologique de l'enfant. Le Tribunal constate, par ailleurs, que la citation a été signifiée avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.<sup>10</sup>

En vertu de l'article 329bis, §2, du Code civil<sup>11</sup>, si l'enfant est âgé de moins d'un an au moment de l'introduction de la demande de reconnaissance et que le pa-

rent à l'égard duquel la filiation est établie ne donne pas son consentement à la reconnaissance, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. *A contrario*, s'il est un parent biologique, la filiation légale est automatiquement octroyée. Par contre, lorsque la reconnaissance concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut la refuser si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.<sup>12</sup> Ainsi, si la personne qui souhaite reconnaître un enfant ne reçoit pas les consentements requis<sup>13</sup> et qu'elle est bien son parent biologique, deux hypothèses sont envisagées. Soit la demande de reconnaissance est introduite avant le premier anniversaire de l'enfant, soit elle est introduite après. Dans le premier cas, le juge doit autoriser la reconnaissance tandis que, dans le deuxième, le juge doit vérifier si cette reconnaissance n'est pas manifeste-

<sup>8</sup> Il faut ici bien distinguer la reconnaissance d'un enfant en tant que telle et l'action en autorisation de reconnaissance visée à l'article 329bis du Code civil. Celle-ci, en effet, n'établira pas le lien de filiation paternelle ; elle aura pour seul effet d'autoriser le père à reconnaître l'enfant sans le consentement de la mère que la décision judiciaire « remplace » en quelque sorte.

<sup>9</sup> *Ibidem*, les faits et la procédure antérieure. Nous remarquons que le viol ayant eu lieu pendant la grossesse de N.G., il a nécessairement dû être commis après le troisième mois de celle-ci. A défaut, en vertu de l'article 329bis, § 2, alinéa 4, du Code civil, l'enfant n'aurait pas pu faire l'objet d'une demande de reconnaissance.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> L'article 329bis, §2, énonce :

« Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.

Est en outre requis, le consentement préalable de l'enfant s'il a douze ans accomplis. Ce consentement n'est pas requis de l'enfant interdit, en état de minorité prolongée ou dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement.

A défaut de ces consentements, le candidat à la reconnaissance cite les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal. Les parties sont entendues en chambre du conseil. Le tribunal tente de les concilier. S'il concilie les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires. A défaut de conciliation, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. Lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut en outre refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Si une action publique est intentée contre le candidat à la reconnaissance, du chef d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, la reconnaissance ne peut avoir lieu et le délai d'un an visé à l'alinéa 4 est suspendu jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée. Si le candidat à la reconnaissance est reconnu coupable de ce chef, la reconnaissance ne peut avoir lieu et la demande d'autorisation de reconnaissance est rejetée.»

Le cas spécifique de l'alinéa 4 fait également l'objet de critiques, de nombreux auteurs considérant qu'il est discriminatoire. Ce cas ne fait, cependant, pas l'objet des présentes réflexions et nous renvoyons le lecteur, notamment, aux pertinentes considérations de Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *Droit des familles*, Liège, Anthemis, Commission Université-Palais Université de Liège, 2007, pp. 52-53 et pp. 81-84, de Marie DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *Chroniques notariales*, vol.44, 2006, pp. 324-325 et de Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2007, pp.42 et 44.

<sup>12</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, les faits et la procédure antérieure.

<sup>13</sup> Ni lorsque la demande de reconnaissance est formulée, ni au moment où le tribunal de première instance tente de concilier les parties.

ment contraire à l'intérêt de l'enfant.

7. C'est cette différence de traitement qui est soumise par le Tribunal de première instance de Bruges à la Cour constitutionnelle. Celle-ci doit vérifier si elle est conforme ou non aux règles d'égalité et de non-discrimination consacrées aux articles 10 et 11 de la Constitution.

8. Dans l'arrêt n° 144/2010, la Cour constitutionnelle relève que l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>14</sup> et l'article 22*bis* de la Constitution imposent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant.<sup>15</sup> Elle renvoie, ensuite, aux travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, dans lesquels le législateur mentionne son intention de prendre en considération la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et plus particulièrement, les arrêts n° 112/2002 et 66/2003.<sup>16</sup>

La Cour constitutionnelle rappelle qu'il peut exister des cas dans lesquels l'établissement juridique de la filiation paternelle d'un enfant cause à celui-ci un préjudice et que, si en règle générale, on peut estimer qu'il est de son intérêt de voir établie sa double filiation<sup>17</sup>, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas.<sup>18</sup>

Examinant l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil, la Cour déclare que si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne saurait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Selon elle, rien ne peut justifier que le juge saisi d'une demande de reconnaissance de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an. La Cour précise également que la loi porte une atteinte disproportionnée aux droits des enfants de moins d'un an, leur intérêt n'étant jamais pris en considération. En effet, le juge ne peut jamais rejeter la demande de recon-

naissance si elle a été introduite avant que l'enfant à reconnaître ait atteint l'âge d'un an, pour autant qu'il soit établi que la personne qui souhaite reconnaître l'enfant est le père biologique.<sup>19</sup>

La Cour conclut en ces termes : « l'absence de toute possibilité de contrôle judiciaire portant sur l'intérêt de l'enfant mineur non émancipé à voir établie la filiation paternelle par reconnaissance dans l'hypothèse visée à l'article 329*bis*, §2, alinéa 3 du Code civil est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ».<sup>20</sup> Elle en déduit que la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

9. La question posée à la Cour constitutionnelle et sa réponse ayant été exposées, nous allons examiner les conséquences majeures qui découlent de l'arrêt n° 144/2010.

## II. Premier « arrêt-sanction » de la Cour constitutionnelle à l'égard de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 : une condamnation sans appel

### 1. Un bref retour sur les origines de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci

10. Suite à l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>21</sup>, le législateur belge a été contraint de réformer son droit de la filiation. Après « huit années d'efforts, de discussions intenses, de projets revus et corrigés »<sup>22</sup>, il a adopté la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation. Cette nouvelle législation a eu pour objectif « de poser les fondements d'un nouveau droit de la filiation caractérisé par l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et hors mariage »<sup>23</sup> et « d'établir un subtil équilibre

<sup>14</sup> Adoptée à New-York le 20 novembre 1989 et ratifiée par la Belgique le 16 décembre 1991.

<sup>15</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.3.1 et B.3.2.

<sup>16</sup> *Ibidem*, B.4.

<sup>17</sup> Article 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

<sup>18</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.5.

<sup>19</sup> *Ibidem*, B.6.

<sup>20</sup> *Ibidem*, B.7.

<sup>21</sup> C.E.D.H., 13 juin 1979, (*Marckx contre Belgique*), req. n° 6833/74.

<sup>22</sup> Jehanne SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *J.T.*, 2007, n° 6267, p. 365.

<sup>23</sup> Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op.cit.*, p. 45 ; voy. également Patrick SENAËVE, *Compendium van het*

entre la vérité biologique et la réalité socio-affective comme fondement de la filiation ».<sup>24</sup>

**11.** Nonobstant les avancées cruciales de la réforme de 1987<sup>25</sup>, plusieurs auteurs de l'époque mirent en exergue les importantes discriminations qui subsistaient.<sup>26</sup> Dès le 21 décembre 1990<sup>27</sup>, la Cour constitutionnelle confirma leurs critiques et entreprit une « (déconstruction) pierre après pierre (du) précieux édifice, découvrant et dénonçant une à une, au fil de ses arrêts, des discriminations en nombre ».<sup>28</sup> Nathalie Massager utilise une métaphore très éclairante pour décrire le phénomène : « la législation nouvelle se voulait, tel le Titanic, une démonstration d'excellence capable de défier l'avenir. L'avenir dura trois ans. Puis, la loi de 1987 rencontra sur sa route un

iceberg qui avait pour nom : Cour d'arbitrage ».<sup>29</sup>

**12.** La Cour constitutionnelle rendit une longue série d'arrêts relatifs à la loi du 31 mars 1987<sup>30</sup>, « décomposant » ainsi le droit de la filiation. Cette situation ne pouvait évidemment durer. Non seulement, le législateur ne pouvait plus ignorer les inégalités qui découlaient de son texte, mais « la tâche des juges du fond (les premiers sur le front !) (s'en trouvait) singulièrement complexifiée, sans compter les justiciables auxquels il devenait particulièrement difficile d'expliquer que la loi ne devait plus, sur certains points, être appliquée ».<sup>31</sup> Cette insécurité juridique se révéla particulièrement dans les « arrêts-lacunes »<sup>32</sup> de la Cour constitutionnelle et lorsqu'elle donna une nouvelle orientation, par son arrêt

*Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, p. 233 qui énonce les principaux objectifs de la loi du 31 mars 1987 ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, op. cit., p. 381 ; Gerd VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, p. 27.

<sup>24</sup> Jehanne SOSSON, op.cit., p. 365.

<sup>25</sup> Comme le souligne Nathalie MASSAGER, malgré ses défauts, la loi du 31 mars 1987 « consistait un progrès substantiel pour l'époque ». Par exemple, le législateur français, se référant à cette loi, élaborait son nouveau droit de la filiation dix-huit années plus tard (ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006). (Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », op. cit., p. 45, note 2.) Alain-Charles VAN GYSEL relève également ce progrès en ces termes : « la loi du 31 mars 1987 a défendu fièrement l'honneur de la Belgique face à d'autres pays européens dont le France, l'Italie, les Pays-Bas, ou encore l'Allemagne qui n'ont renoncé que beaucoup plus tardivement au régime indigne de la disqualification de certains enfants en fonction de leur naissance. » (Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, op. cit., p. 381.)

<sup>26</sup> Proposition de loi modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, n° 0597/001, p. 4 ; Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », op. cit., p. 45 ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, op. cit., p. 381 ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 484.

<sup>27</sup> C.A., 21 décembre 1990, n° 39/90.

<sup>28</sup> Jehanne SOSSON, op. cit., p. 365.

<sup>29</sup> Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », op. cit. p. 45.

<sup>30</sup> Cette contribution n'a pas pour objet de retracer toutes les décisions qui furent prises par la Cour constitutionnelle à l'égard de la loi du 31 mars 1987. Pour un relevé complet de celles-ci, nous renvoyons le lecteur aux tables du site de la Cour constitutionnelle, à la liste énoncée par Alain-Charles VAN GYSEL dans les travaux préparatoires (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 0597/024, p. 101) ainsi qu'à celle mentionnée par Gerd VERSCHULDEN (*Afstamming*, op. cit., pp. 67-69). Nous n'évoquons pas, non plus, la jurisprudence de la Cour relative à l'article 319, §4, ancien du Code civil, qui ne concerne pas l'arrêt n° 144/2010 (voy. notamment arrêt n° 62/94 du 14 juillet 1994 et arrêt n° 35/2007 du 7 mars 2007). Par contre, nous reviendrons, dans la deuxième observation, sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'agissant de la procédure relative à la demande de reconnaissance (paternelle) des enfants.

<sup>31</sup> Jehanne SOSSON, op. cit., p. 365.

<sup>32</sup> « C'est-à-dire des arrêts dans lesquels la Cour répondait négativement à la question préjudicielle posée en ne déclarant pas inconstitutionnelle la disposition légale incriminée mais en indiquant que la discrimination résidait dans une autre disposition légale non visée par la question » (Jehanne SOSSON, op. cit., p. 365 note 4). Il s'agit des arrêts n° 26/96 du 6 juin 1996 et n° 112/2002 du 26 juin 2002.



du 14 mai 2003<sup>33</sup>, à sa jurisprudence antérieure.<sup>34</sup>

**13.** Une deuxième réforme s'imposait donc pour répondre aux constats d'inégalité soulevés par la Cour constitutionnelle, pour rétablir la sécurité juridique dans une matière « à ce point emblématique en ce qu'elle définit l'identité de chacun au sein de son histoire familiale »<sup>35</sup> et pour éviter la mise en cause de l'Etat belge, dont la responsabilité, pour lacune législative, aurait pu être engagée.<sup>36</sup> Cette réforme fut entreprise dès 2003 et aboutit à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.<sup>37</sup>

Plusieurs propositions de lois furent soumises à la sous-commission « Droit de la famille » de la commission de la Justice qui décida de travailler sur la base de la proposition du 17 décembre 2003 n° 0597/001.<sup>38</sup> Celle-ci avait, en effet, l'avantage de proposer une réforme globale du droit de la filiation et ne se contentait pas de répondre, ponctuellement, aux discriminations relevées par la Cour constitutionnelle.<sup>39</sup>

L'objectif de la réforme était triple : « égaliser, sécuriser et moderniser ».<sup>40</sup> Le législateur souhaitait, entre autres, supprimer les discriminations entre les pères et mères et rapprocher la filiation dans le mariage et hors mariage.<sup>41</sup> Il a également cherché à répondre aux crité-

<sup>33</sup> C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003.

<sup>34</sup> Voy. notamment Didier PIRE, « Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place royale », *J.L.M.B.* 2003/26, pp. 1123 à 1135, qui énonce « A Delphes, seuls les prêtres d'Apollon pouvaient comprendre le chant de la Pythie, mais Hérodote nous apprend qu'ils fournissaient des interprétations elles-mêmes ambiguës : peut-être étaient-ils les précurseurs de nos juges constitutionnels ? » (p. 1134) ; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 365 ; Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 45 ; Gerd VERSCHELDEN, « Belang kind opnieuw centraal bij erkenning door man », *Juristenkrant*, n° 73, 10 septembre 2003, pp. 1 et 7 ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 382 ; Nathalie MASSAGER, « La filiation », *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 1999-2004, Les dossiers des Journaux des tribunaux*, n° 56, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 325 et pp. 341 et suivantes ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.*, p. 43, note 168.

<sup>35</sup> Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 46 ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 382.

<sup>36</sup> Voy., sur le principe, Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299, obs. Yves-Henri LELEU, « L'Etat responsable pour inertie législative en matière de filiation ? ». Le législateur invoque d'ailleurs cette jurisprudence dans les travaux préparatoires (Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p. 5).

<sup>37</sup> Cette loi a été adaptée et modifiée par la loi portant des dispositions diverses (I) du 27 décembre 2006. Les deux lois sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

<sup>38</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p.10.

<sup>39</sup> La nécessité d'une réforme globale a été soulignée par tous les experts consultés, à l'exception de Patrick SENAËVE, selon lequel quelques modifications ponctuelles suffisaient (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, pp. 81 à 129). Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever le caractère opportun du choix du législateur. (Voy. notamment Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 383 ; Nathalie MASSAGER « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 48 ; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 366, Nathalie MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2010/6, p. 101 ; Marie DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *op. cit.*, p. 307 ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.*, pp. 14 et 48).

<sup>40</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 9 ; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 366 ; Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 49-52 ; Gerd VERSCHELDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compomis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *R.W.*, 2007-2008, pp. 339-340 ; Marie DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *op. cit.*, pp. 309-311 ; Géraldine MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur » *Rev. trim. dr. fam.*, 2/2007, p. 334 ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 383 et suiv. ; Nicole GALLUS et Didier CARRE, *La nouvelle loi sur la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 3-10. Sur l'approfondissement du triple objectif du législateur, nous renvoyons le lecteur à ces excellents commentaires doctrinaux.

<sup>41</sup> Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p. 10 ; Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 9 ; Rapport fait au nom de la Commission Justice, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 0597/032, p. 59 ; Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Willems, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2005-2006, n° 3-1402/7, pp. 3 et 15.

ques formulées par la Cour constitutionnelle depuis le 21 décembre 1990<sup>42</sup> et à créer un équilibre subtil entre filiation biologique, filiation socio-affective et intérêt de l'enfant.<sup>43</sup> Celui-ci se traduit, notamment, dans le libellé de l'article 329*bis*, §2, alinéa 3 du Code civil que nous allons plus particulièrement analyser.<sup>44</sup>

## 2. L'article 329*bis*, §2, alinéa 3 du Code civil : « chronique d'une mort annoncée »<sup>45</sup>

14. L'article 329*bis*, §2, du Code civil définit les conditions que les pères et mères<sup>46</sup> qui souhaitent reconnaître un enfant doivent respecter.<sup>47</sup>

Le cœur de l'arrêt n° 144/2010 concerne l'alinéa 3 et, plus particulièrement, l'âge pivot<sup>48</sup> d'un an qu'il contient. Pour rappel, cet alinéa dispose que, si le demandeur de la reconnaissance introduit sa demande avant le premier anniversaire de l'enfant et qu'il est avéré qu'il a un lien biologique avec celui-ci, la filiation est automatiquement autorisée. Par contre, si la demande est introduite après ce délai d'un an, le tribunal statue en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Cette différence de traitement ne se justifiant pas aisément, il faut avoir égard aux discussions échangées lors des travaux parlementaires.

15. Dans la proposition de loi, nous relevons d'emblée

que le législateur avait la volonté de rapprocher les couples mariés des couples non mariés. En ce qui concerne l'établissement de la filiation paternelle, puisque « la présomption de paternité est maintenue (certes avec des effets limités), il est proposé de ne soumettre la reconnaissance au contrôle d'opportunité que si elle est tardive. En revanche, si la reconnaissance est immédiate (ou si la mère est mariée), il paraît plus expédiant de ne prendre en considération exclusivement que le lien de filiation biologique. Cette concrétisation du lien biologique n'empêche évidemment pas les sanctions qui frappent toutes personnes se montrant indignes de la maternité et de la paternité (déchéance, mesures protectionnelles, etc.) ».<sup>49</sup>

Plus précisément, dans la justification de l'article 329*bis* en projet, le législateur expose : « Afin de tenir compte des derniers arrêts de la Cour d'arbitrage (...), il est proposé de modaliser le contrôle d'opportunité du juge en fonction de l'âge de l'enfant et de la tardiveté de la reconnaissance : (...) – si la demande de reconnaissance est introduite dans l'année de la prise de connaissance de la naissance (délai préfix), le seul contrôle portera sur la vérité biologique (on se rapproche ainsi de l'effet donné à la présomption de paternité) (...) – si la demande de reconnaissance est introduite plus d'un an après la prise de connaissance de la naissance et si le refus émane du parent dont la filiation est déjà établie ou d'un enfant mineur non émancipé ayant 12 ans ac-

53

<sup>42</sup> Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p. 5 ; Patrick SENAËVE, *Compendium*, *op. cit.*, p. 233; du même auteur, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.*

<sup>43</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, pp. 11-12; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 367.

<sup>44</sup> Pour une étude complète de la réforme de 2006, voy., entre autres, Jehanne SOSSON, *op. cit.*, pp. 365 et suiv. ; Nathalie MASSAGER « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 45 et suiv. ; Patrick SENAËVE, « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 (deel I), *T. Fam.*, 2007/4, pp. 62-80 en (deel II), *T. Fam.*, 2008/6-7, pp. 102-129 ; Géraldine MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur » *op. cit.* ; pp. 333 et suiv. ; Gerd VERSCHULDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compomiss tussen biologisch en sociaal ouderschap », *op. cit.*, pp. 338-358 ; Nicole GALLUS et Didier CARRE, *La nouvelle loi sur la filiation*, *op. cit.* ; Marie DEMARET « La réforme du droit de la filiation », *op. cit.*, pp. 303 et suiv. ; Patrick SENAËVE, Frederik SWENNEN et Gerd VERSCHULDEN (éd), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de wetten van 1 juli, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Anvers, Intersentia, 2007 ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.*, pp. 11-63.

<sup>45</sup> L'expression appartient à Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 45.

<sup>46</sup> Les articles 313 et 319 du Code civil nouveaux renvoient tous les deux à l'article 329*bis*. Ce parallélisme entre reconnaissances maternelle et paternelle répond aux discriminations relevées par la Cour constitutionnelle dans les années 1990.

<sup>47</sup> Pour le libellé complet de l'article 329*bis*, §2, du Code civil : *cf. supra*.

<sup>48</sup> Cette expression ressort des travaux préparatoires (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, pp. 54 et 82 ; Rapport fait au nom de la commission de la Justice, *op. cit.*, n° 0597/32, p. 24 ; Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, pp. 11, 39 et 47) et a été reprises dans la doctrine (Notamment, Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 75).

<sup>49</sup> Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p.5.



compris, le tribunal statuera en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et disposera donc d'un pouvoir d'appréciation en opportunité ». <sup>50</sup> Selon les parlementaires, ce délai d'un an est un délai « pivot », « une reconnaissance faite dans l'année de la naissance (étant) présumée conforme à l'intérêt de l'enfant » <sup>51</sup> et une « reconnaissance (étant) tardive lorsqu'elle est faite au-delà du délai d'un an ». <sup>52</sup> Le législateur estime, en effet, « qu'il pouvait paraître curieux qu'un homme attende plus d'un an avant de reconnaître son enfant, le point de départ étant évidemment la prise de connaissance de la naissance ». <sup>53</sup> Il précise que le contrôle de l'intérêt de l'enfant visé à l'alinéa 3 ne serait que marginal. <sup>54</sup>

Lors des discussions qui se sont déroulées au Sénat, la différence de traitement fut justifiée « par l'objectif tendant à favoriser la consécration du lien de filiation. (...) Si la reconnaissance n'est pas faite rapidement, il pourrait s'agir d'un indice qu'elle pourrait être contraire à l'intérêt de l'enfant ». <sup>55</sup> Les membres soulignent, à nouveau, qu'ils veulent rapprocher les filiations dans et hors mariage <sup>56</sup> et la Ministre expose que, dans son contrôle d'opportunité, le tribunal est chargé de vérifier pour quel motif le père a attendu pour formuler sa demande. <sup>57</sup>

Le législateur a donc tenté de trouver un équilibre entre, d'une part, la filiation biologique et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant <sup>58</sup>, croyant répondre adéquatement

aux inconstitutionnalités soulevées dans le passé par la Cour constitutionnelle. Il a également voulu rapprocher, dans une certaine mesure, les filiations dans le mariage et hors du mariage.

**16.** Dès les premiers débats concernant la deuxième réforme du droit de la filiation, l'âge pivot, suscite un malaise. Le représentant de la Ministre, au nom du Service droit de la famille du SPF justice, émet certains doutes « quant à l'opportunité et à la justification des propositions visant à introduire un « moment charnière » à l'âge d'un an dans le cadre des consentements requis lors de la reconnaissance » soulignant que les arrêts n° 112/2002 et n° 66/2003 de la Cour constitutionnelle n'évoquent nullement un délai d'un an. Le représentant conclut son intervention sur ce point en déclarant, très pertinemment selon nous, « soit le consentement lors de la reconnaissance est exigé dans tous les cas, (...) (sans) limite d'âge, soit le consentement n'est jamais exigé (mais une possibilité de contestation doit être organisée qui tiendrait compte de la filiation biologique et/ou de l'intérêt de l'enfant) ». <sup>59</sup> Si une limite dans le temps devait être conservée, le représentant de la Ministre propose de suivre l'avis de Johan Gerlo, lequel plaide pour une distinction « entre les reconnaissances dans l'acte de naissance et les reconnaissances ultérieures ». <sup>60</sup> Plusieurs membres ont, par ailleurs, déposé des

<sup>50</sup> Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, pp. 9-10.

<sup>51</sup> Rapport fait au nom de la Commission Justice, *op. cit.*, n° 0597/032, p. 24.

<sup>52</sup> Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, pp. 9 et 11.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 11. On notera que, finalement, le point de départ du délai d'un an est la naissance de l'enfant et non la prise de connaissance de celle-ci.

<sup>54</sup> Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p. 10 ; Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, p. 3. Selon Patrick SENAËVE, les différents motifs invoqués justifient la différence de traitement visée à l'alinéa 3 du §2 de l'article 329bis du Code civil au regard du principe d'égalité, tandis que le contrôle marginal du tribunal répond aux exigences du principe de proportionnalité. Il considère que l'âge pivot d'un an est un bon compromis entre la filiation biologique et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant (« Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.* pp. 23 et 24, n° 53) ; voy. également Patrick SENAËVE « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 july en van 27 december 2006 », deel II, *op. cit.*, pp. 110 et 111 ; Gerd VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 343 et suiv. ; Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 95 (audition de Didier Pire), pp. 108-109 (audition de Patrick Senaëve) et p. 127 (avis de Alain- Charles Van Gysel).

<sup>55</sup> Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, pp. 3, 11 et 12.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>58</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 42 ; Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, pp. 2 et suiv.

<sup>59</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 49. Par la suite, le Gouvernement ne contesta plus le délai pivot (*cf.* Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7).

<sup>60</sup> Rapport fait au nom de la Sous-Commission «Droit de famille», *op. cit.*, n° 0597/024, p. 49 ; voy. également p. 88 l'avis de Johan Gerlo.

amendements en vue de supprimer ce délai pivot d'un an.<sup>61</sup> Ceux-ci exposent, notamment, qu'affirmer que la reconnaissance faite dans l'année de la naissance de l'enfant serait présumée conforme à l'intérêt de l'enfant ne repose sur aucun élément objectif et qu'il s'agit d'un choix arbitraire pouvant « constituer une nouvelle discrimination. Il est donc nécessaire de supprimer ce délai afin que l'intérêt de l'enfant qui semble devoir présider en la matière depuis l'arrêt du 14 mars 2003 de la Cour d'arbitrage puisse également être pris en compte au cours de la première année suivant la prise de connaissance de la naissance ».<sup>62</sup> Certains experts consultés ont, eux aussi, montré la difficulté de fixer un âge pivot d'un an sans prendre le risque de tomber sous les foudres de la Cour constitutionnelle<sup>63</sup> tandis que la section de législation du Conseil d'Etat s'interrogeait, dans son avis, sur la compatibilité, au regard des articles 10 et 11 de la

Constitution, du délai d'un an visé à l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil.<sup>64</sup> Un parlementaire a résumé cette problématique assez clairement : « quelle est la différence entre un enfant qui a 364 jours et un autre qui en a 366 ? ».<sup>65</sup>

**17.** Nonobstant les nombreuses mises en garde d'une partie importante des intervenants, le législateur, pour les motifs évoqués, décida de maintenir son délai « couperet »<sup>66</sup> d'un an.

Cette position fut critiquée, dès la publication de la loi, par plusieurs experts.<sup>67</sup>

Dans le même sens, nous ne pouvons que regretter la position inébranlable du législateur sur cette question.<sup>68</sup> En effet, si son objectif était louable, – rapprocher la filiation dans et hors mariage<sup>69</sup> et se conformer à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle selon la-

<sup>61</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 55 ; Voy. par exemples, Amendement n° 7, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 0597/004; Amendement n° 22, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 0597/009 ; Amendement n° 105, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 0597/25 ; Amendements n° 118, 119, 122 et 123, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 0597/28 ; Amendement n° 4, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1402/3.

<sup>62</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 55 ; voy. également Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, p. 13.

<sup>63</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 82 (audition de Jehanne Sosson), p. 88 (audition de Johan Gerlo), p. 119 (audition de Frederik Swennen) ; *Contra* p. 95 (audition de Didier Pire), pp. 108-109 (audition de Patrick Senaeve) et p. 127 (avis de Alain-Charles Van Gysel).

<sup>64</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat 39.715/2, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1407/2, p. 3.

<sup>65</sup> Rapport fait au nom de la commission de la Justice, *op. cit.*, n° 0597/32, p. 26 ; voy. également pp. 28 et 45 et Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3-1402/7, p. 6 ; *contra*, Patrick SENAEEVE, « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 » (deel II), *op. cit.*, p. 111.

<sup>66</sup> Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3 - 1402/7, p. 41.

<sup>67</sup> Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 47 et pp. 76-80 ; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 397 ; Marie DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 137 et 138 ; Nathalie MASSAGER, « Le délai d'un : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 3 ; Géraldine MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant dans le nouvel article 329*bis* du Code civil: une notion à géométrie variable? », *Rev. trim. dr. fam.* 2009/1, pp. 200 à 201 ; Nicole GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 483 ; Nathalie MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. fam.* 2010/6, p. 119 ; Frederik SWENNEN, « Het onderzoek naar het moederschap en het vaderschap » in P. SENAEEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de wetten van 1 juli, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, *op. cit.*, pp. 239-240 ; Noëlle DE VISSCHER *La place du juge en matière de reconnaissance d'un enfant né hors mariage*, *op. cit.*, qui salue l'arrêt n° 144/2010 ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>68</sup> Cette critique ne veut cependant pas minimiser le travail de titan réalisé par le législateur pour trouver le juste équilibre lors de cette deuxième réforme de la filiation. Nous regrettons simplement que ce travail soit, aujourd'hui, mis à mal, à cause d'un simple délai pivot à l'égard duquel une solution plus pertinente aurait sans doute pu être trouvée.

<sup>69</sup> Voy. *supra* : puisque « la présomption de paternité est maintenue (certes avec des effets limités), il est proposé de ne soumettre la reconnaissance au contrôle d'opportunité que si elle est tardive. En revanche, si la reconnaissance est immédiate (ou si la mère est mariée), il paraît plus expédiant de ne prendre en considération exclusivement que le lien de filiation biologique. Cette concrétisation du lien biologique n'empêche évidemment pas les sanctions qui frappent toutes personnes se montrant indignes de la maternité et de la paternité (déchéance, mesures protectionnelles, etc.) » (Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p. 5). Dans le

quelle l'intérêt de l'enfant devait être pris en considération<sup>70</sup> – et si nous pouvons comprendre la position de certains selon lesquels l'âge pivot d'un an était un compromis raisonnable<sup>71</sup>, il semble évident qu'un tel délai serait, un jour, sanctionné par la Haute juridiction. En effet, nulle part, dans les travaux préparatoires, le délai de l'anniversaire d'un an de l'enfant n'est justifié.<sup>72</sup>

Comme dit plus haut, les parlementaires estiment qu'une reconnaissance tardive permettrait de présumer qu'elle serait contraire à l'intérêt de l'enfant concerné. Certes, il s'agit d'une justification qui paraît raisonnable et objective. Mais pourquoi avoir choisi un délai d'un an et non de six mois ou de deux ans ? Sur ce point, le législateur aurait été inspiré en suivant le conseil de Johan Gerlo qui proposait une autre distinction – la demande de reconnaissance formulée avant la naissance ou, au plus tard, dans l'acte de naissance *versus* une demande ultérieure.<sup>73</sup> Cette distinction paraît, au

contraire du délai pivot d'un an, raisonnable, objective et proportionnée au but poursuivi par le législateur. Elle aurait également eu le mérite de rapprocher la présomption de paternité du mari de la reconnaissance du compagnon, ce que souhaitait le législateur.<sup>74</sup>

Par ailleurs, il nous semble que le législateur a péché par naïveté en croyant que la Cour constitutionnelle changerait de cap à l'égard de l'intérêt de l'enfant. Dans son arrêt n° 66/2003, elle avait pourtant clairement exprimé, en faisant référence à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, que « le législateur entend imposer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant »<sup>75</sup> et que « si en règle générale on peut estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas ».<sup>76</sup> La Cour n'a jamais dit que l'intérêt d'un enfant de moins d'un an ne devait pas

même sens : Rapport Willems, *op. cit.*, n° 3- 1402/7, pp. 3, 11 et 12. Voy. également les développements de Nathalie MASSAGER « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 78.

<sup>70</sup> Cf. particulièrement C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003.

<sup>71</sup> Notamment Patrick SENAEEVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.*, pp. 24-25, n° 53 ; Patrick SENAEEVE « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli en van 27 december 2006 », (deel II), *op. cit.*, pp. 110 et 111; Gerd VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, *op. cit.*, pp. 343 et suiv.; Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 95 (audition de Didier Pire), pp. 108-109 (audition de Patrick Senaeeve) et p. 127 (avis de Alain-Charles Van Gysel).

<sup>72</sup> Dans le même sens, Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation » *op. cit.*, pp. 77-80 et Frederik SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *op. cit.*, p. 59. Une légère nuance doit être posée : dans le rapport de M. Willems, l'on note que, selon le législateur, l'âge pivot d'un an est « le même aujourd'hui pour la contestation de paternité du mari dans le cadre du mariage » (*op. cit.* n° 3 - 1402/7, p.11). Cependant, cette justification ne nous paraît pas pertinente, dès lors qu'elle est inexacte, les points de départ des deux délais d'un an n'étant pas exactement les mêmes (cf. articles 318 et 329*bis* du Code civil) et qu'elle n'a pas été approfondie dans les discussions parlementaires. Elle n'a d'ailleurs pas été invoquée par le Conseil des ministres devant la Cour constitutionnelle (arrêt n° 144/2010, A.2) et aucune réponse n'a été donnée aux parlementaires qui s'interrogeaient, à juste titre, à ce sujet. Au surplus, comme le souligne Nathalie Massager, « ce raisonnement ne convainc pas. Tout d'abord, parce qu'il existe déjà, dans la nouvelle loi, une symétrie parfaite entre les règles applicables en matière de contestation du lien de filiation : dans l'année qui suit la naissance, la paternité du mari et celle de l'auteur de la reconnaissance pourront être contestées victorieusement par la seule preuve de la non-paternité biologique (et sous réserve également de rapporter la preuve du vice de consentement si la contestation émane du père, de la mère ou d'une autre personne qui a consenti à la reconnaissance), sauf preuve d'une possession d'état conforme au titre mais dont on peut douter qu'elle soit reconnue suffisamment continue si la contestation intervient dans l'année de la naissance. Et dans les deux cas, la paternité sera annulée sans que l'intérêt de l'enfant n'entre en ligne de compte à aucun moment. En outre, la transposition de ce seuil d'un an à la matière de la reconnaissance n'a en soi aucune justification propre. » (« La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 78).

<sup>73</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 88 (Audition de Johan Gerlo). Dans le même sens; voy. Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.* p. 43 et Marie DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *op. cit.*, p. 138.

<sup>74</sup> Cf. *supra*.

<sup>75</sup> C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.4.3 ; voy. également C.A., 6 juin 1996, arrêt n° 36/96.

<sup>76</sup> C.A. 14 mai 2003, n° 66/2003, B.5.

être protégé en matière de reconnaissance.

### 3. Une première brèche dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006

18. Comme plusieurs auteurs l'avaient prédit, la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 144/2010, a considéré que le délai d'un an visé à l'article 329bis, §2, alinéa 3, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution.<sup>77</sup>

Si cette décision était attendue, ou du moins, n'a guère surpris<sup>78</sup>, il n'en reste pas moins qu'il est intéressant de revenir sur la motivation de la Cour et les conséquences qui découlent de sa décision à l'égard de la deuxième réforme du droit de la filiation.

#### a. Rappel de la motivation de la Cour constitutionnelle

19. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle cite l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution. Elle déduit de ces dispositions que « l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération dans les procédures le concernant ».<sup>79</sup>

Ensuite, elle évoque les motifs qui justifient, selon le législateur, le délai pivot d'un an et elle rappelle que la règle générale selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation n'est pas irréfragable. Il peut exister, en effet, des cas dans lesquels l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant lui cause un préjudice.<sup>80</sup>

Appliquant ces divers principes à la disposition qu'elle doit évaluer, la Cour constitutionnelle déclare

que, si l'âge d'un an est un critère objectif (ce qui est incontestable), il n'est pas pertinent au regard de la mesure en cause, dès lors que rien ne justifie que « le juge saisi d'une demande de reconnaissance de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an ».<sup>81</sup> Elle souligne également que les droits des enfants, dont l'intérêt ne serait jamais pris en considération lors de l'établissement d'une filiation paternelle par reconnaissance, sont atteints de manière disproportionnée par la mesure en cause. Elle précise sa position par le fait que lorsque la demande de reconnaissance est introduite avant que l'enfant n'ait atteint l'âge d'un an, le juge ne pourra jamais rejeter la demande de reconnaissance si la personne est un parent biologique.

Elle déclare donc que l'absence de tout contrôle judiciaire portant sur l'intérêt de l'enfant mineur non émancipé à voir établie la filiation paternelle par reconnaissance dans l'hypothèse visée à l'article 329bis, §2, alinéa 3, du Code civil est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Son dispositif est clair en ce sens que le principe d'égalité est violé si le juge ne peut vérifier l'intérêt de l'enfant, même si la demande de reconnaissance est introduite avant le premier anniversaire de l'enfant et même si l'auteur de cette demande est le parent biologique de l'enfant.

#### b. Les enseignements de l'arrêt n°144/2010

20. Cet arrêt de la Cour constitutionnelle, prononcé vingt ans<sup>82</sup> après le premier arrêt qui amorça la « décomposition » de la loi du 31 mars 1987, contient plusieurs enseignements.

<sup>77</sup> Il faut noter qu'avant le cas visé dans l'arrêt n° 144/2010, la question de l'éventuelle discrimination entre les demandeurs d'une reconnaissance avant ou après le délai d'un an avait déjà été posée à plusieurs reprises devant les juridictions judiciaires sans que celles-ci ne s'adressent à la Cour constitutionnelle. Par exemple, le Tribunal de première instance de Liège a élué la question qui lui était soumise « en se livrant à (un) véritable numéro de contorsionniste » (Nathalie MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, p. 119). En effet, dans son jugement du 21 décembre 2007, il a examiné si la reconnaissance portait atteinte ou non à l'intérêt de l'enfant alors que pourtant la demande avait été formulé avant l'âge pivot d'un an. Estimant que l'intérêt de l'enfant n'était nullement affecté par la reconnaissance, le Tribunal a considéré que la question préjudicielle qui lui était soumise n'était pas nécessaire pour la résolution du litige et il a autorisé la reconnaissance (Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 21 décembre 2007, *Rev.trim.dr.fam.*, 2009/1, p. 196). A la suite de Géraldine MATHIEU, nous nous interrogeons sur la pertinence d'un tel raisonnement (« L'intérêt de l'enfant dans le nouvel article 329bis du Code civil: une notion à géométrie variable? », *op. cit.*, pp. 199 et 203).

<sup>78</sup> Voy. Notamment Frederik SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *op.cit.*, p. 58.

<sup>79</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.3.2.

<sup>80</sup> *Ibidem*, B.4 et B.5.

<sup>81</sup> *Ibidem*, B.6.

<sup>82</sup> L'arrêt n° 144/2010 a été prononcé le 16 décembre 2010, tandis que le premier arrêt qui constata le caractère inconstitutionnel

## • Vers une « décomposition » de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 amorcée ?

21. Premièrement, le risque que la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 soit, en grande partie, déconstruite par la Cour constitutionnelle dans les prochains mois ou années à venir est sérieux.

En effet, comme le souligne à juste titre Nathalie Massager, la sanction de l'âge pivot d'un an par la Cour constitutionnelle risque d'avoir un effet « boule de neige » à l'égard des autres dispositions qui contiennent également le même délai pour la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.<sup>83</sup>

Par ailleurs, le travail d'équilibriste du législateur, en 2006, pour ajuster, au mieux, vérité biologique, réalité sociologique et intérêt de l'enfant n'a pas reçu le visa de la Haute Juridiction. Celle-ci serait donc susceptible de sanctionner d'autres dispositions du Code civil modifiées par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006.<sup>84</sup>

22. Sur ce point, il faut rappeler que si l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle sur question préjudicielle n'a pas pour effet de supprimer la norme de l'ordonnement juridique et s'il n'a qu'une autorité relative de chose jugée, il s'agit d'une autorité « renforcée » de la chose jugée.<sup>85</sup>

D'une part, le juge qui saisit la Cour constitution-

nelle d'une question préjudicielle ainsi que toute juridiction qui statuerait dans la même affaire devra se conformer à la décision que la Cour aura prise.<sup>86</sup>

D'autre part, l'arrêt qui déclare, via une question préjudicielle, qu'une norme viole la Constitution réouvre un délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation contre ladite norme.<sup>87</sup>

Enfin, « on s'accorde à reconnaître aux arrêts rendus sur question préjudicielle une autorité de chose interprétée s'imposant au juge de fond et ce, en vertu de l'article 26 de la loi spéciale : les juridictions sont tenues de poser la question préjudicielle, sauf dans certains cas, et, notamment, 'lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique' ».<sup>88</sup>

Par conséquent, notre crainte de voir le droit nouveau de la filiation, une nouvelle fois, « décomposé » paraît crédible.

## • Vers un renforcement des inégalités dans le droit de la filiation ?

23. Deuxièmement, sans doute inconsciemment, la Cour constitutionnelle semble avoir (re)créé – ou, du moins, renforcé – deux nouvelles inégalités que le législateur avait voulu résoudre.

Pour rappel, l'un des objectifs de la loi du 1<sup>er</sup> juillet

de l'article 313, §3, du Code civil ancien (n° 39/90) fut prononcé le 21 décembre 1990. Vingt années ont également séparé l'entrée en vigueur de l'ancienne loi du 31 mars 1987 de celle de la nouvelle loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006.

<sup>83</sup> Nathalie MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 3 et 4 : « L'arrêt de la Cour constitutionnelle (...) trouve également à s'appliquer par ricochet à la reconnaissance de maternité (...) ». L'auteur relève, en outre, que l'effet boule de neige de l'arrêt n° 144/2010 pourrait concerner les articles 314, 330, §3, 318, §5, et 332 *quinquies* du Code civil; Voy. dans le même sens Patrick SENAËVE, « Ontwikkelingen van het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.*, pp. 24 et suiv.

<sup>84</sup> L'arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011 de la Cour constitutionnelle en est la meilleure preuve. La Cour vient de déclarer que l'article 318, §1<sup>er</sup>, du Code civil, en ce qu'il consacre l'irrecevabilité de la demande en contestation dans le chef de tous les titulaires de l'action lorsque l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari, est contraire à l'article 22 de la Constitution. Noëlle GALLUS, dans sa note relative à cet arrêt, expose que la Cour va à l'encontre de « l'équilibre recherché (par le législateur) » (*Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle*, <http://www.justice-en-ligne>, 22 février 2011). Très récemment, la Cour constitutionnelle a également sanctionné les articles 330, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, et 318, § 2, du Code civil (C.C., 6 avril 2011, n° 54/2011 et note de Gerd VERSCHELDEN, « Het vertrekpunt van de vervaltermijn waarbinnen de beweerde biologische vader en vaderlijke erkenning moet betwisten », *T.Fam.*, 2011/5, pp. 96-100 et C.C., 31 mai 2011, n° 96/2011).

<sup>85</sup> Francis DELPEREE et Anne RASSON-ROLAND, « La Cour d'arbitrage », *Rép not*, tome XIV n° 90 et 91 ; voy. également Marie-Françoise RIGAUX et Bernadette RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 256-258.

<sup>86</sup> Article 28 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 16 janvier 1989.

<sup>87</sup> Article 4, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 16 janvier 1989.

<sup>88</sup> Didier PIRE, « Le point en matière de filiation. Survol de jurisprudence et commentaires éparés – 1999 – 2003 », in *Actualités de droit familial. Le point en 2003*, Liège, Anthémis, Commission Université- Palais Université de Liège, 2003, p. 23, qui cite l'article 26, §2, alinéa 2, de la loi spéciale.



2006 était de rapprocher la filiation paternelle dans et hors mariage.<sup>89</sup> En refusant le contrôle d'opportunité lorsque la reconnaissance d'un enfant hors mariage était demandée dans le cours de la première année de sa naissance, le législateur assimilait, dans une certaine mesure, cette filiation à celle établie par la présomption de paternité du mari de la mère dans le cadre de laquelle, ni le lien biologique, ni l'intérêt de l'enfant ne sont vérifiés, *a priori*.<sup>90</sup>

L'arrêt de la Cour constitutionnelle fait donc un pas en arrière en matière d'égalité : le mari bénéficiant de la présomption de paternité verra sa filiation établie automatiquement, tandis que le compagnon hors mariage devra, s'il ne reçoit pas le(s) consentement(s) requis, introduire une procédure au cours de laquelle l'intérêt de l'enfant sera en toutes circonstances examiné.

En outre, la mère ayant, dans la majorité des cas, sa filiation établie par l'effet de la loi<sup>91</sup>, sans que l'intérêt de l'enfant ne soit pris en considération, c'est le père qui devra, le plus souvent, demander la reconnaissance de son enfant. Depuis l'arrêt, s'il ne reçoit pas le(s) consentement(s) requis, il devra introduire une demande en justice au cours de laquelle l'intérêt de l'enfant sera, dans tous les cas, vérifié.<sup>92</sup> Au moins, avant l'arrêt, si la demande de la reconnaissance était réclamée dans la première année suivant la naissance de l'enfant, seule la vérité biologique était vérifiée.

Ces deux inégalités pourraient-elles conduire la Cour constitutionnelle à sanctionner, une fois encore, le droit nouveau de la filiation ? Dans l'immédiat, rien ne permet de le croire. Mais rien ne permet de croire non plus que ces deux différences de traitement ne pourraient jamais être invalidées par la Cour. Au surplus, force est de constater qu'un tel résultat est en contradiction avec

l'un des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a adopté sa deuxième réforme.

### • Vers une prépondérance accordée à l'intérêt de l'enfant ?

24. Le troisième enseignement de l'arrêt n° 144/2010 que nous souhaitons mettre en évidence concerne l'importance que la Cour constitutionnelle accorde à l'intérêt de l'enfant lorsqu'elle est saisie en matière de reconnaissance d'enfant.

Pourrions-nous aller jusqu'à affirmer que la Cour estime que cet intérêt de l'enfant doit être respecté, au détriment du principe d'égalité ? C'est ce que nous allons examiner dans l'observation suivante.

## III. Une place prépondérante donnée à l'intérêt de l'enfant par la Cour constitutionnelle en matière de reconnaissance d'enfant ?

### 1. La portée immédiate de l'arrêt

25. Par la réponse qu'elle a donnée à la question préjudicielle qui lui fut soumise, la Cour constitutionnelle a démontré l'importance toute particulière qu'elle réserve à l'intérêt de l'enfant en matière de reconnaissance d'enfant.

La motivation de l'arrêt n° 144/2010 est limpide : même si elle vérifie les conditions du principe d'égalité et de non-discrimination<sup>93</sup>, elle concentre son analyse autour de l'intérêt de l'enfant.

Après avoir rappelé l'article 3.1 de la Convention

<sup>89</sup> « Puisque la présomption de paternité est maintenue (certes avec des effets limités), il est proposé de ne soumettre la reconnaissance au contrôle d'opportunité que si elle est tardive. En revanche, si la reconnaissance est immédiate (ou si la mère est mariée), il paraît plus expédiant de ne prendre en considération exclusivement que le lien de filiation biologique. Cette concrétisation du lien biologique n'empêche évidemment pas les sanctions qui frappent toutes personnes se montrant indignes de la maternité et de la paternité (déchéance, mesures protectionnelles, etc.) » (Proposition de loi, *op. cit.*, n° 0597/001, p.5). Dans le même sens, Rapport de M. Willems, *op. cit.*, n° 3- 1402/7, pp. 3, 11 et 12.

<sup>90</sup> Notons que la vérité biologique peut être vérifiée lors de l'établissement du lien de filiation hors mariage, *a priori*, et non lors de l'établissement du lien de filiation dans le mariage. Les deux régimes ne sont donc pas encore parfaitement identiques.

<sup>91</sup> Article 312, §1<sup>er</sup>, du Code civil qui consacre la règle *Mater semper certa est*. Voy en ce sens Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 44 ; Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 367 ; Patrick SENAËVE, *Compendium*, *op. cit.*, p. 240 qui renvoie également à C.E.D.H., (*Marckx contre Belgique*), *op. cit.*, §41 ; Gerd VERSCHULDEN, *Afstamming*, *op. cit.*, pp. 88 et suiv ; Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 410 et 436 ; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 487 et suiv. et 511 et 512.

<sup>92</sup> En ce sens également Patrick SENAËVE « Ontwikkelingen van het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.*, p.26.

<sup>93</sup> La différence de traitement visée à l'article 329bis, §2, alinéa 3, du Code civil est-elle objective (oui : B.6), pertinente (non : B.6) et proportionnée (non : B.6) ?



relative aux droits de l'enfant et l'article 22*bis* de la Constitution, elle déclare que « ces dispositions imposent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant ».<sup>94</sup> Elle rappelle également que, selon sa jurisprudence, l'on ne peut considérer, de manière irréfragable que l'enfant a intérêt à voir sa double filiation établie.<sup>95</sup> Ensuite, lorsqu'elle examine le respect, ou non, des articles 10 et 11 de la Constitution, par l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil, elle ne se contente pas de constater le caractère discriminatoire de la norme ; elle fait le choix de l'un des deux régimes, soit celui selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération (et non celui qui consacre le seul contrôle de la vérité biologique).<sup>96</sup>

Son dispositif est également très clair: l'article 329*bis*, §2, alinéa 3, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution « en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande de reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant non émancipé à reconnaître, introduite par un homme qui est le père biologique, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation ».<sup>97</sup>

Ainsi, à l'avenir et tant que le législateur ne modifie par les dispositions relatives à l'établissement de la filiation par la reconnaissance, le juge du fond devra toujours vérifier l'intérêt de l'enfant avant d'autoriser le lien de filiation réclamé.<sup>98</sup>

## 2. *Elargissement de l'analyse : l'intérêt de l'enfant en matière de reconnaissance hors mariage*

**26.** Au-delà de la portée immédiate de l'arrêt n° 144/2010, nous sommes tentés de croire, que dans cette matière, la Cour constitutionnelle accorde une importance particulière à l'intérêt de l'enfant et que celui-ci

pourrait même supplanter le principe – pourtant sacré – d'égalité et de non discrimination.

Trois éléments nous paraissent confirmer cette thèse : les « inégalités » qui découlent de l'arrêt, l'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle à l'égard de la reconnaissance de l'enfant et le nouvel article 22*bis* de la Constitution qui vise l'intérêt de l'enfant depuis la révision constitutionnelle de 2008.

### a. *Le renforcement des inégalités en droit de la filiation*

**27.** Le premier point a déjà été évoqué plus haut.<sup>99</sup> À cause de l'arrêt n° 144/2010, les inégalités entre la filiation dans et hors mariage se sont accentuées. De même, la différence de traitement entre l'établissement de la filiation maternelle et paternelle a été renforcée. Il s'agit donc d'un indice qui nous permet de croire que la Cour accorde une primauté à l'intérêt de l'enfant au détriment du principe d'égalité et de non discrimination.

### b. *L'évolution jurisprudentielle en matière de reconnaissance d'enfant*

**28.** L'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle en matière de reconnaissance paternelle hors mariage semble également confirmer cette primauté.<sup>100101</sup>

Dans le premier arrêt prononcé à l'égard de l'ancien article 319, §3, du Code civil, le 21 décembre 1990, la Cour dénonce le caractère discriminatoire de la disposition. Même si elle ne le mentionne pas formellement, il ressort du libellé de l'arrêt qu'elle donne ses faveurs à la vérité biologique.<sup>102</sup> La Cour souligne que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge n'étant pas limi-

<sup>94</sup> B.3.2.

<sup>95</sup> B.5.

<sup>96</sup> B.6 et B.7.

<sup>97</sup> Dispositif.

<sup>98</sup> Sur l'autorité relative « renforcée » de la chose jugée des arrêts de la Cour constitutionnelle, voy. *supra*, point 22.

<sup>99</sup> Cf. *supra*, point 23.

<sup>100</sup> L'arrêt n° 144/2010 étant l'objet de cette contribution, ce récapitulatif ne concerne que la jurisprudence relative à l'article 313, §2 et §3, du Code civil ancien.

<sup>101</sup> Sur ces arrêts, voy. également Gerd VERSCHULDEN, *Afstamming*, *op. cit.*, pp. 200-216 ; Bernadette RENAULD, « La Cour constitutionnelle, gardienne d'une certaine conception traditionnelle de la famille » et Marie-Françoise RIGAUX, « La Cour constitutionnelle, relais des aspirations nouvelles des couples et des enfants » in *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, actes du colloque de l'IDF du 26 mai 2008, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 1-37, particulièrement pp. 23-25; Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles, Mise à jour*, *op. cit.*, p. 43, note 168.

<sup>102</sup> C.A., 21 décembre 1990, n° 39/90, B.4.3.1 et B.5.

tée, elle est disproportionnée à l'égard du but poursuivi.<sup>103</sup> À ce moment-là, seule la conformité au principe d'égalité et de non discrimination est vérifiée.<sup>104</sup>

Dans l'arrêt suivant, du 8 octobre 1992, la Cour constitutionnelle expose clairement son raisonnement. Selon elle, le législateur peut subordonner l'établissement de la filiation au contrôle de l'intérêt de l'enfant, mais ledit contrôle ne peut placer l'un des auteurs de l'enfant dans une position d'infériorité.<sup>105</sup> La Cour condamne l'article 319, §3, ancien, en ce qu'il permet au juge de refuser d'établir un lien de filiation paternelle, le demandeur fût-il le père biologique, au nom de l'intérêt de l'enfant si la mère conteste la demande de reconnaissance introduite. La Cour relève que l'établissement de la maternité n'est jamais subordonné à un contrôle d'opportunité et que les motifs invoqués pour justifier la différence de traitement ne sont pas pertinents. Les moyens pour les atteindre sont, quant à eux, disproportionnés.<sup>106</sup> Elle décide, donc, que « dans l'état actuel de son organisation, le contrôle institué par l'article 319, §3, du Code civil au nom de l'intérêt de l'enfant viole le principe d'égalité ». <sup>107</sup> La Cour précise, cependant, que si l'article 319, §3, ancien du Code civil exige le consentement de la mère uniquement pour éviter qu'un enfant soit reconnu par un homme qui n'en serait pas le père biologique et si le juge peut rejeter la demande uniquement pour cette raison, le même article ne viole pas le principe d'égalité.<sup>108</sup> Ainsi, dans cet arrêt, la Cour n'attache pas d'importance à l'intérêt de l'en-

fant et ne se soucie que de vérité biologique et d'égalité entre parents.<sup>109</sup>

Un premier tournant semble franchi avec le troisième arrêt, du 6 juin 1996.<sup>110</sup> Dans celui-ci, la Cour part du principe que la paternité biologique du candidat n'est pas contestée.<sup>111</sup> Puis, elle mentionne, pour la première fois en cette matière, l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant selon lequel, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, leur intérêt doit être la considération primordiale.<sup>112</sup> La question posée à la Cour constitutionnelle aborde la possibilité pour le mineur non émancipé de plus de quinze ans de refuser son consentement à une reconnaissance tardive de paternité mais non à une reconnaissance tardive de maternité. La Cour relève, dans un premier temps, que, compte tenu de la Convention relative aux droits de l'enfant, il n'est pas disproportionné d'exiger le consentement de l'enfant ayant atteint l'âge de quinze ans.<sup>113</sup> Par contre, elle considère qu'il y a une différence de traitement entre les enfants selon les candidats à la reconnaissance (homme ou femme). Malgré la rupture d'égalité constatée, la Cour estime que l'article 319, §3, ancien du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution mais que c'est l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle qui est à l'origine de l'inégalité constatée.<sup>114</sup> Il s'agit donc du premier « arrêt-lacune ». <sup>115</sup> Nous estimons pouvoir déduire de cet arrêt que la Cour constitutionnelle cherche petit à petit à

<sup>103</sup> *Ibidem*, B.4.3.2.

<sup>104</sup> Ce qui s'explique sans doute par le fait qu'elle vient de recevoir le contentieux de l'égalité, que la Convention relative aux droits de l'enfant n'a pas encore été ratifiée en Belgique et que l'article 22*bis*, alinéa 4, n'a pas encore été adopté.

<sup>105</sup> C.A., 8 octobre 1992, n° 63/92, B.3.1.

<sup>106</sup> *Ibidem*, B.3.2.

<sup>107</sup> *Ibidem*, B.3.3.

<sup>108</sup> *Ibidem*, B.4, B.5 et dispositif.

<sup>109</sup> Pourtant la Convention relative aux droits de l'enfant est en vigueur depuis le 15 janvier 1992 en Belgique et consacre, à l'article 3.1., le caractère primordial de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne et, notamment, dans les décisions des tribunaux. S'il est exact qu'en Belgique, jusqu'à présent, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne reconnaissent pas d'effet direct à l'article 3.1. (voy. Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 588 ; C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, *Jour. dr. jeun.*, 1997, p. 519), contrairement à la France (Cass. Fr., 18 mars 2005, *Dr. Fam.*, 2005, comm. 156), la Cour constitutionnelle aurait parfaitement pu vérifier le respect du principe d'égalité à la lumière de la disposition conventionnelle (C.A., 22 juillet 2003, n° 106/2003, spécialement B.4.2).

<sup>110</sup> C.A., 6 juin 1996, n° 36/96.

<sup>111</sup> *Ibidem*, B.3.

<sup>112</sup> *Ibidem*, B.4.

<sup>113</sup> *Ibidem*, B.5.

<sup>114</sup> *Ibidem*, B.7.

<sup>115</sup> *Cf. supra*, point 12.

établir un équilibre entre le principe d'égalité consacré par la Constitution et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant protégé par une convention internationale. En effet, dans un premier temps, elle dénonce le caractère discriminatoire de l'article, mais, dans un deuxième temps, elle choisit la réponse qui favorise la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

L'arrêt du 26 juin 2002<sup>116</sup> paraît confirmer, implicitement, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant par la Cour constitutionnelle dans ses décisions en matière de reconnaissance. Si elle n'y fait pas formellement référence et si elle n'évoque plus la Convention relative aux droits de l'enfant, les éléments suivants doivent être mis en exergue. La question préjudicielle posée concerne, cette fois, la possibilité pour l'enfant majeur (ou pour le mineur émancipé) de refuser son consentement à une reconnaissance paternelle tardive mais non à une reconnaissance maternelle tardive. La Cour estime que cette différence de traitement ne se justifie pas raisonnablement.<sup>117</sup> Néanmoins, à nouveau, elle considère que ce n'est pas l'article 319, §2, mais l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle qui porte atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution.<sup>118</sup> L'on pourrait donc, prudemment, en déduire que la Cour, ici aussi, décide de combiner principe d'égalité et intérêt de l'enfant en sauvegardant le régime le plus favorable à ce dernier.

Le revirement de jurisprudence amorcé paraît être pleinement affirmé dans l'arrêt n° 66/2003 de la Cour, qui a fait couler beaucoup d'encre.<sup>119</sup> Suite aux arrêts n° 39/90, 63/92 et 36/96 précités, une différence de traitement voit le jour entre les enfants de plus de quinze

ans et de moins de quinze ans. En effet, lorsque la paternité biologique n'est pas contestée mais que la mère refuse la reconnaissance souhaitée, celle-ci est automatiquement accordée à l'égard d'un enfant de moins de quinze ans. Tenant compte des arrêts n° 39/90 et 63/92, le juge ne peut plus vérifier l'intérêt de l'enfant.<sup>120</sup> Par contre, l'enfant âgé de plus de quinze ans bénéficie de l'« arrêt-lacune » n° 36/96. Par conséquent, lorsqu'il ne consent pas à la reconnaissance, le juge contrôle si celle-ci est conforme ou non à son intérêt.<sup>121</sup> Dans l'arrêt n° 66/2003, la Cour constitutionnelle rappelle les articles 3.1 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>122</sup> et souligne le fait que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération et qu'il faut recueillir son avis, lorsqu'il est capable de discernement.<sup>123</sup> Selon la Cour, si, en général, l'intérêt de l'enfant requiert d'établir sa double filiation, l'on ne peut présumer que c'est toujours le cas.<sup>124</sup> Elle poursuit son raisonnement en exposant que rien ne justifie le fait qu'un juge puisse prendre en considération l'intérêt de l'enfant de plus de quinze ans et non de celui de moins de quinze ans et qu'une telle différence porte atteinte de manière disproportionnée aux droits des enfants concernés.<sup>125</sup> Elle expose que le pouvoir donné exclusivement à la mère de refuser son consentement à la reconnaissance paternelle est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution et conclut, de manière sibylline<sup>126</sup>, en déclarant que « la discrimination ne réside non pas dans le fait qu'à défaut de consentement de la mère, le juge puisse exercer un contrôle sur l'éventuel risque de préjudice pour l'enfant de moins de quinze ans en cas d'établissement de la filiation paternelle, mais dans l'absence d'une procédure permettant la prise en compte par le juge du consente-

<sup>116</sup> C.A., 26 juin 2002, n° 112/2002 – arrêt de réponse immédiate rendu sur procédure préliminaire.

<sup>117</sup> *Ibidem*, B.6.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003 ; voy. notamment Didier PIRE, « Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place royale », *J.L.M.B.*, 2003/26, pp. 1123 à 1135 ; Gerd VERSCHELDEN, « Belang kind opnieuw centraal bij erkenning door man », *op. cit.*, pp. 1 et 7 et Nathalie MASSAGER « La filiation », *op. cit.*, pp. 342-347.

<sup>120</sup> C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.2.3.

<sup>121</sup> *Ibidem*, B.2.4.

<sup>122</sup> *Ibidem*, B.4.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*, B.5.

<sup>125</sup> *Ibidem*, B.6.

<sup>126</sup> Le juge doit-il simplement être en mesure de vérifier l'intérêt de l'enfant pour le mineur de moins de quinze ans ou le législateur doit-il organiser une procédure dans laquelle tout mineur doit pouvoir donner un consentement ? (B.7.2 *versus* B.8 et dispositif) Il semble raisonnable de croire que la Cour voulait essentiellement mettre l'accent sur la nécessité de prendre en considération l'intérêt de l'enfant, même si pour Didier PIRE c'est le point B.7.2 qui est le motif décisif (« Le point en matière de filiation », *op. cit.*, p. 27).

ment du mineur de moins de quinze ans, soit en personne s'il est capable de discernement soit par la voie de la représentation du mineur par les personnes qui en assument la charge ».<sup>127</sup> Elle ajoute, au surplus, que « l'absence de toute possibilité, pour le juge, d'exercer un contrôle de l'intérêt de l'enfant âgé de moins de quinze ans en cas d'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. »<sup>128</sup> La Cour indique, dans son dispositif, que le refus de consentement de la mère à l'égard de la reconnaissance demandée par un homme dont la paternité n'est pas contestée viole le principe d'égalité et de non discrimination, mais que, par contre, le même principe n'est pas violé lorsque le juge, saisi d'une demande de reconnaissance d'un mineur de moins de quinze ans par un homme, dont la paternité n'est pas contestée, exerce un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant. Cet arrêt semble définitivement mettre l'intérêt de l'enfant au centre de la jurisprudence de la Cour en matière de reconnaissance. Paul Martens le confirme en ces termes : « En 2003, la Cour crut bien faire en rendant un arrêt qui relevait de la récapitulation, de l'explication et du repentir, affirmant que c'était bien l'intérêt supérieur de l'enfant qui l'emportait désormais sur les autres préoccupations qui l'avaient précédemment inspirées ».<sup>129</sup><sup>130</sup> Selon certains auteurs, c'est à partir de ce moment-là que la Cour donne une prépondérance à l'intérêt de l'enfant au détriment du principe d'égalité.<sup>131</sup>

**29.** De ce rappel jurisprudentiel, nous pouvons déduire que « dans un premier temps c'est par un contrôle au regard de l'égalité des sexes que la Cour, en matière de reconnaissance d'enfant, inaugure son entreprise de déconstruction du droit des personnes, délégitimant les

différences de traitement entre le père et la mère qui se trouvaient dans l'article 319 du Code civil ». Cependant, « au fil des arrêts, le centre de gravité de la Cour se déplaça vers l'intérêt supérieur des enfants »<sup>132</sup> « qu'une convention internationale venait d'élever en majesté ».<sup>133</sup>

A notre estime, dès le 6 juin 1996<sup>134</sup>, la Cour constitutionnelle a changé son fusil d'épaule et a commencé à intégrer l'intérêt de l'enfant au centre de ses préoccupations au détriment du principe d'égalité et de non discrimination. En effet, dans cet arrêt du 6 juin 1996, la Cour a considéré que le fait qu'un mineur de plus de quinze ans puisse donner son consentement à la reconnaissance réclamée par un homme mais non par une femme créait une différence de traitement non justifiée. Il eût alors été logique, dans le chef de la Cour, de déclarer que l'article 319, §3, ancien violait les articles 10 et 11 de la Constitution. Après cette décision et, sous la réserve de l'autorité relative de la chose jugée des arrêts rendus via une question préjudicielle<sup>135</sup>, la discrimination disparaissait de l'ordre juridique. Or, la Cour constitutionnelle a choisi une autre solution, préférant maintenir l'inégalité, tout en sollicitant une intervention du législateur.

Le même raisonnement pourrait être appliqué dans les deux arrêts qui ont suivi – n° 112/2002 et 66/2003, le premier étant moins détaillé et le deuxième plus fouillé, quoique sibyllin.

### *c. La consécration constitutionnelle de l'intérêt de l'enfant : l'article 22bis de la Constitution*

**30.** Comme nous l'avons mentionné, l'arrêt n° 144/2010<sup>136</sup> vient clairement confirmer la primauté accordée

<sup>127</sup> C.A., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.7.2.

<sup>128</sup> *Ibidem*, B.8.

<sup>129</sup> Paul MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2008, p. 658.

<sup>130</sup> L'on est, pourtant, bien en peine de comprendre comment le juge pourrait examiner l'intérêt des enfants âgés de moins de quinze ans si leurs mères ne peuvent donner leur consentement : le juge ne serait point saisi. La Cour est bien consciente de ce problème (*cf.* B.8).

<sup>131</sup> Voy. notamment Didier PIRE « Le point en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 18 et 19.

<sup>132</sup> Paul MARTENS, *op. cit.*, p. 658 ; voy. dans le même sens Gerd VERSCHULDEN, « Belang kind opnieuw centraal bij erkenning door man », *op. cit.*, pp. 1 et 7 ; C.A. n° 35/2007 du 7 mars 2007 dans lequel la Cour constitutionnelle, pour un autre aspect de droit relatif à la reconnaissance d'un enfant, place l'intérêt de celui-ci au centre de ses préoccupations et Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 55, p. 82 et p. 102.

<sup>133</sup> Paul MARTENS, *op. cit.*, p. 659.

<sup>134</sup> Pour la plupart des auteurs, le revirement de jurisprudence est intervenu en 2003.

<sup>135</sup> Voy. *supra*, point 22.

<sup>136</sup> Qui concerne non plus l'article 319, §2 et 3, ancien du Code civil mais l'article 329bis, §2, nouveau.

à l'intérêt de l'enfant par la Cour constitutionnelle.<sup>137</sup> Actuellement, il ne fait aucun doute que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération par le juge lorsqu'il statue sur une demande de reconnaissance.<sup>138</sup>

Pour rappel, lorsqu'il a adopté l'article 329bis, §2, alinéa 3, du Code civil, le législateur a choisi de créer deux régimes distincts en fonction de la date de la demande de la reconnaissance (avant ou après le premier anniversaire de l'enfant). Cette distinction reposait sur la volonté de trouver un équilibre entre, d'une part, la vérité biologique et, d'autre part, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

Lorsqu'à juste titre, la Cour constitutionnelle a sanctionné le caractère non pertinent du délai d'un an, elle aurait pu se contenter d'indiquer qu'il y avait une différence de traitement non pertinente et disproportionnée sans choisir l'un ou l'autre système. Elle aurait également pu donner préséance à la vérité biologique. Mais ce ne fut pas sa décision. Invoquant l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, déjà pointé avant, et l'article 22bis de la Constitution, ainsi que sa jurisprudence antérieure, elle a indiqué que le contrôle de l'intérêt de l'enfant devait être réalisé par le juge pour tous les enfants, peu importe leur âge. La Cour a donc clairement pris le parti de l'article 22bis de la Constitution.

**31.** Cette position de la Cour, dont on a pu mettre en évidence le fait qu'elle était en germe il y a déjà près de quinze ans, a, nous semble-t-il, été renforcée par l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

L'article 22bis de la Constitution a été inséré, en 2000, en vue de protéger l'intégrité de l'enfant. Dès ce moment-là, le Constituant avait souhaité élargir le débat

et consacrer des droits spécifiques à l'enfant plus étendus que l'intégrité.<sup>139</sup> La déclaration de révision fut déposée en 2003, mais il aura fallu attendre la révision de 2008 pour que l'article 22bis soit complété. A présent, outre la protection de l'intégrité de l'enfant, le Constituant a consacré son droit de s'exprimer (alinéa 2), son droit au développement (alinéa 3) et la prise en considération de son intérêt (alinéa 4).

S'agissant de cet alinéa 4, qui intéresse notre propos, le Constituant souhaitait reconnaître l'intérêt de l'enfant, pris dans son acceptation la plus large, comme un principe général de droit constitutionnel. « Ceci est d'autant plus important qu'il faut veiller à ne pas se reposer uniquement sur (la Convention relative aux droits de l'enfant) car si certaines dispositions de cette Convention ont un effet direct en droit interne, tel n'est pas le cas pour l'ensemble des dispositions. Cette modification permettra d'éclairer la place de l'enfant au sein de la société de même que les rapports enfants-adultes ».<sup>140</sup> Ces considérations semblent confirmées par l'arrêt n° 144/2010 dans lequel la Cour a invoqué l'article 22bis<sup>141</sup> : depuis 2008, l'intérêt de l'enfant relève des valeurs fondamentales de notre société consacrées dans la Constitution et protégées par la Cour constitutionnelle.

**32.** La révision constitutionnelle étant encore relativement récente, il est difficile de pouvoir évaluer l'impact qu'elle pourra avoir dans le présent contentieux.

Cependant, l'arrêt n° 144/2010 s'ajoute aux rares décisions qui se réfèrent à l'article 22bis de la Constitution<sup>142</sup>, ce qui méritait d'être souligné, et il permet d'entrevoir l'avenir jurisprudentiel de la Cour constitutionnelle à son égard. En effet, alors que le juge a quo, dans le cas étudié, n'évoque que les articles 10 et 11 de la Constitution dans sa question préjudicielle, la Cour

<sup>137</sup> La matière de la reconnaissance des enfants n'est pas la seule dans laquelle la Cour accorde une importance particulière à l'intérêt de l'enfant. Voy. notamment les arrêts 48/2002 et 169/2003 cités par Paul MARTENS, *op. cit.*, pp. 661 et 669.

<sup>138</sup> En ce sens N. GALLUS, *Filiation paternelle hors mariage : la Cour constitutionnelle, l'intérêt de l'enfant et la discrimination fondée sur ce dernier*, *op. cit.*

<sup>139</sup> Voy. sur les droits constitutionnels de l'enfant et sur l'article 22bis de la Constitution, Anne RASSON-ROLAND et Anne-Catherine RASSON « Les droits constitutionnels des enfants », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011 (à paraître).

<sup>140</sup> Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-265/3, p. 60.

<sup>141</sup> L'article 22bis faisant partie du Titre II de la Constitution, il fait partie des normes auxquelles la Cour constitutionnelle peut se référer pour annuler une norme législative. Il faut, cependant, nuancer l'influence de cet article 22bis puisque, dès 1996, la Cour a pris en considération l'intérêt de l'enfant en se référant à l'article 3.1. de la Convention relative aux droits de l'enfant.

<sup>142</sup> La Cour constitutionnelle n'a rendu, outre l'arrêt n° 144/2010, que onze arrêts « 22bis » : n° 91/2006, 49/2008, 119/2008, 34/2009, 107/2009, 121/2009, 168/2009, 68/2010, 97/2010, 154/2010 et 4/2011 (voir les tables du site de la Cour constitutionnelle).

fait explicitement référence à l'article 22*bis* de la Constitution et à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant pour examiner la conformité au principe d'égalité. Il faut également noter qu'elle déduit de ces articles 3.1. et 22*bis* un principe selon lequel « les dispositions précitées imposent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant ».<sup>143</sup> Au surplus, dans le cadre de l'établissement de la filiation par la reconnaissance, la Cour décide que l'intérêt de tous les enfants, de plus ou de moins d'un an, doit être contrôlé. Ainsi, de manière générale et, plus particulièrement dans le contentieux des demandes de reconnaissance d'enfants, la Cour constitutionnelle montre l'importance qu'elle accorde à l'enfant et à son besoin d'être protégé.<sup>144</sup>

#### d. La victoire de l'intérêt de l'enfant

**33.** Nous pouvons déduire de ce qui précède qu'outre les considérants de l'arrêt n° 144/2010, la jurisprudence analysée et la consécration constitutionnelle de l'intérêt de l'enfant sont autant d'indices, voire de preuves, que la Cour constitutionnelle estimerait qu'à l'égard des reconnaissances contestées, le juge du fond doit procéder à un contrôle d'opportunité et vérifier

l'intérêt de l'enfant.<sup>145</sup>

Celui-ci paraît donc avoir supplanté le principe d'égalité et de non discrimination.

## IV. Quelques pistes pour l'avenir

### 1. L'avenir du droit de la filiation belge : questionnement

**34.** La jurisprudence que nous venons d'examiner et, particulièrement, l'arrêt n° 144/2010 vont à contre-courant de l'opinion défendue par de nombreux auteurs qui plaident pour « une distinction plus claire entre, d'une part, le lien de filiation, lien appelé à être définitif et qui, partant, ne devrait pas être fondé sur des réalités vécues et donc mouvantes, mais bien sur le lien biologique indélébile et, d'autre part, le droit d'élever un enfant et d'assumer la fonction de l'éduquer, fonction pouvant ne pas nécessairement être assumée par celui que la loi désigne comme son père ou sa mère mais dans certains cas aussi par la personne apte à l'assumer qui vit au quotidien avec lui ».<sup>146</sup> Pour ces auteurs, l'intérêt de l'enfant ne devrait pas être pris en compte dans les questions relatives à sa filiation, mais uniquement dans

<sup>143</sup> C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.3.2.

<sup>144</sup> Sur l'équilibre qu'il convient de trouver entre protection et autonomie des enfants, voy. Anne RASSON-ROLAND et Anne-Catherine RASSON, *op. cit.*

<sup>145</sup> Cette position est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « La Cour réaffirme que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant (voir *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 52, CEDH 2000-VIII, et *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n° 28945/95, § 72, CEDH 2001-V). Ce principe s'applique également dans les affaires telle la présente. » (C.E.D.H., 5 novembre 2002, (*Yousef contre Pays-Bas*), req. n° 33711/96, §73 – qui a été évoqué dans les travaux parlementaires : Rapport fait au nom de la sous-commissions « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 55) et « In determining whether the interference was “necessary in a democratic society”, the Court refers to the principles established in its case-law. It has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that interference were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, inter alia, *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* [GC], no. 28945/95, § 70, ECHR 2001-V (extracts), and *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, § 62, ECHR 2003-VIII (extracts)). It cannot satisfactorily assess whether these reasons were “sufficient” without at the same time determining whether the decision-making process, seen as a whole, was fair and provided the applicant with the requisite protection of his interests safeguarded by Article 8 (see, inter alia, *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, cited above, § 72, and *Sommerfeld*, cited above, § 66). Consideration of what lies in the best interest of the child concerned is of paramount importance in every case of this kind (see, inter alia, *Yousef v. the Netherlands*, no. 33711/96, § 73); depending on their nature and seriousness, the child's best interests may override those of the parents (see *Sommerfeld*, cited above, § 66; and *Görgülü v. Germany*, no. 74969/01, § 43, 26 February 2004) (C.E.D.H., 21 décembre 2010, (*Anayo contre Allemagne*), req. n° 20578/07, §65 et suivants). Voy. également Lieve STEVENS, *op. cit.*, p. 5 selon laquelle « het belang van het kind is nu eenmaal een fundamenteel criterium, waarvan de toepassing niet leeftijdsgebonden mag zijn ».

<sup>146</sup> Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 367 qui cite Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 55 et suiv. et Johan GERLO, Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.* n° 0597/024, pp. 93-94 (Audition). Jehanne



les mesures prises dans le cadre de son éducation (hébergement, déchéance de l'autorité parentale,...).<sup>147</sup>

**35.** Vu les considérations émises ci-avant, l'opinion de ces experts serait-elle définitivement compromise ?<sup>148</sup> Le législateur doit-il suivre la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle et consacrer, définitivement, l'intérêt de l'enfant dans le droit de la filiation ?

En allant encore plus loin dans la réflexion, si l'on considère que le législateur doit construire un nouveau droit de la filiation qui respecte non seulement la prise en considération de l'intérêt de l'enfant mais également le principe d'égalité et de non discrimination, cher à notre Cour constitutionnelle, ne faudrait-il pas revoir les fondements de l'établissement de la filiation maternelle « *Mater semper certa est* » ainsi que ceux de la présomption de paternité ? Pourquoi contrôler l'intérêt de l'enfant, à tout âge, dans le cadre des demandes de reconnaissance contestées et non dans le cadre des autres modes d'établissement de la filiation d'un enfant ?

Soyons réalistes, il ne paraît pas envisageable, en tous les cas à l'heure actuelle, de remettre en cause ces deux institutions de l'établissement de la filiation belge<sup>149</sup> et il ne paraît surtout pas possible d'organiser un contrôle systématique de l'intérêt de l'enfant lorsque sa filiation doit être fixée légalement.<sup>150</sup>

**36.** Cela étant dit, force est de constater que le législateur doit prendre son courage à deux mains et se remettre à l'ouvrage. D'une part, il doit à tout prix éviter le sort qui fut réservé à la loi du 31 mars 1987 et l'insécurité juridique qui en a découlé et, d'autre part, il doit retrouver un juste équilibre entre égalité et intérêt de l'enfant.

Nous souhaitons, ici, mettre en évidence deux solutions qui pourraient, à notre estime, et avec toutes les réserves qui s'imposent, réussir l'examen de constitutionnalité. Nous tenons à souligner que ces deux solutions ont été imaginées par d'autres que nous et que notre rôle consiste simplement à souligner leurs avantages.

SOSSON, quant à elle, considère que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération dans l'établissement de la filiation mais que ce dernier ne doit pas conduire à nécessairement faire primer le fondement socio-affectif de la filiation au détriment de son fondement biologique.

<sup>147</sup> Johan GERLO plaide pour une simplification du droit de la filiation qui suivrait la réalité biologique. L'intérêt de l'enfant serait contrôlé dans le cadre de son éducation via, par exemple, la déchéance de l'autorité parentale (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, pp. 93-94). Il se réfère notamment à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Frederik SWENNEN et Nathalie MASSAGER argumentent également en ce sens (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 119 ; Nathalie MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 22 et suiv.). Jean-Louis RENCHON considère, lui aussi, que le droit de la filiation actuelle est trop complexe et il propose de supprimer le consentement de la mère (Rapport de M. Willems, *op. cit.*, p. 71).

<sup>148</sup> Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 102 (audition d'Alain-Charles Van Gysel) et p. 119 (audition de Frederik Swennen). Ce dernier précise, cependant, qu'en soi, il ne serait pas contraire à la Constitution belge et à la Convention européenne des droits de l'homme de ne jamais prendre en considération l'intérêt de l'enfant en matière de filiation.

<sup>149</sup> Sur la présomption de paternité, voy. Jehanne SOSSON qui remarque qu'elle est une institution pertinente encore à l'heure actuelle et qu'en droit comparé, aucun pays n'a supprimé cette présomption (*op. cit.*, p. 367 ; voy. aussi Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 85). Lors des discussions parlementaires, il a également été considéré que les relations dans le mariage et hors mariage ne pouvaient pleinement se confondre, eu égard, notamment au devoir de fidélité du mariage qui n'existe pas dans la cohabitation légale. Les membres ont également souligné que de simples amis pouvaient cohabiter légalement ensemble (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, pp. 19-21).

<sup>150</sup> Qui pourrait faire un tel contrôle et comment l'organiser sans réaliser une ingérence dans la vie privée et familiale qui contreviendrait aux articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ? « Ni l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, (*Kroon et autres c. Pays-Bas*), § 31) » (C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, B.6).

## 2. Deux propositions pour l'avenir

### a. Une réforme en douceur

37. La première solution<sup>151</sup> s'inscrirait dans la continuité de la réforme de la filiation de 2006 et suivrait les lignes de force suivantes : conservation des règles « *Mater semper certa est* » et de la présomption de paternité ; consentements requis en cas de reconnaissance hors mariage ; toute demande de reconnaissance introduite au plus tard dans l'acte de naissance devrait être autorisée si la filiation biologique est prouvée<sup>152</sup> ; toute demande de reconnaissance introduite ultérieurement ne serait autorisée qu'après vérification du lien biologique et de l'intérêt de l'enfant.

38. Selon nous, il importerait de maintenir, comme à l'heure actuelle, un contrôle marginal de cet intérêt.<sup>153</sup>

Même si l'on ne peut déduire avec certitude de l'arrêt n° 144/2010 que la Cour constitutionnelle souhaite faire de l'intérêt de l'enfant le seul critère du droit de la filiation, il ne faudrait pas, en toute hypothèse, poser ce choix-là.

La notion de l'intérêt de l'enfant est, en effet, « une notion purement subjective (...) (et) surtout essentiellement dépendante d'un jugement de valeur lié à un contexte donné à un moment donné : à la vérité, quel homme ou quelle femme est à ce point indigne qu'il ne mérite même pas que la qualité de père ou de mère lui

soit reconnue à l'égard de l'enfant qui est le sien ? ». <sup>154</sup>

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme enseigne d'ailleurs qu'en, matière de filiation, il faut tenir compte de tous les intérêts en cause, celui de l'enfant, mais également ceux des autres personnes concernées, parents biologiques et parents sociaux.<sup>155</sup>

39. Tel un équilibriste, cette première proposition cherche le point d'achoppement entre le principe de non discrimination et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Elle tente de rapprocher, encore plus qu'à l'heure actuelle, la filiation dans le mariage et hors du mariage : le consentement du parent dont la filiation est déjà établie s'apparente au consentement implicite donné par les époux le jour de leur mariage.<sup>156</sup> Elle permet également de diminuer, un peu, l'inégalité qu'il y a entre les femmes et les hommes dont la filiation est établie hors du mariage, les premières bénéficiant, en général, de l'effet de la loi et, la reconnaissance des seconds (du moins, ceux qui se manifestent avant ou au moment de la naissance de l'enfant) n'étant pas contrôlée en opportunité. Par ailleurs, cette hypothèse donne une place à l'intérêt de l'enfant, limitée, ce qui paraît conforme à la jurisprudence constitutionnelle et européenne.

Ainsi, certaines différences de traitement subsisteraient, mais elles reposeraient sur des critères objectifs et pertinents et nous sembleraient, par ailleurs, proportionnées par rapport aux buts du législateur.

67

<sup>151</sup> Cette première solution s'inspire, particulièrement de l'audition de Johan Gerlo (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 88) ; voy. également Marie DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *op. cit.*, 2007, p. 138 et Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 79. Gerd VERSCHELDEN, quant à lui, estime que lorsque la demande de reconnaissance est formulée pendant la grossesse, dans l'acte de naissance ou un bref délai après la naissance, le consentement de l'autre parent devrait être supprimé (*Origineel ouderschap herdacht*, *op. cit.*, pp. 344-345).

<sup>152</sup> Force est cependant de constater qu'à l'heure actuelle, seuls des tests invasifs permettent de vérifier la filiation biologique paternelle avant la naissance (voy. notamment à ce propos Nathalie MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 113 et 120). La vérification du lien biologique, sauf circonstances exceptionnelles, ne pourrait donc être faite qu'après la naissance de l'enfant.

<sup>153</sup> Sur le contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, voy. Nathalie MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 118 et 119 et « Le point sur l'établissement et la contestation de la filiation paternelle », *Act. dr. fam.*, 2009, p. 35. L'auteur cite des cas de jurisprudence dans lesquels un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant a été réalisé. Voy. également Gerd VERSCHELDEN, « Het belang van het kind in het afstammingsrecht », *TJK*, 2005/4, p. 180.

<sup>154</sup> Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 56.

<sup>155</sup> C.E.D.H., 13 février 2003, (*Odievre/France*), req. n° 42326/98. Dans la mise en balance des divers intérêts, la Cour a, cependant, déjà jugé à plusieurs reprises que « lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant. » (C.E.D.H., (*Yousef contre Pays-Bas*), *op. cit.*, §73).

<sup>156</sup> Voy. en ce sens Jehanne SOSSON qui parle de « reconnaissance anticipée » (Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 0597/024, p. 85) et Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 79.

## b. Une réforme radicale

40. Il n'en demeure pas moins qu'un tel système reste fort complexe. Plus fondamentalement, il nous semble pertinent de nous interroger sur la nécessité de refuser la filiation légale à un parent biologique dans l'intérêt de l'enfant. Est-il réellement légitime de lui cacher le secret de ses origines, si sordides soient-elles ? Est-il juste de permettre à un parent biologique d'éviter une filiation légale et les devoirs qui s'y rattachent (le meilleur exemple étant le versement d'une pension alimentaire) ? Est-il dans l'intérêt d'un enfant d'être privé définitivement, d'un lien de filiation qu'il aurait, peut-être, souhaité avoir ?<sup>157</sup> Nous ne le croyons pas.

Nous revenons alors à l'opinion majoritaire développée ci-dessus<sup>158</sup>, à savoir la simplification du droit de la filiation qui consacrerait le lien biologique et exclurait toute référence à l'intérêt de l'enfant. Par contre, l'examen de l'intérêt de l'enfant devrait être maintenu voire renforcé dans le cadre de l'éducation de l'enfant – autorité parentale, hébergement, etc. À l'évidence, il ne s'agirait plus ici d'un contrôle marginal, mais d'un contrôle effectif et conforme aux besoins de l'enfant dans son quotidien.

Si, à l'évidence, cette solution-là, révolutionnaire, est attrayante, nous craignons qu'elle soit, elle aussi, sanctionnée par la Cour constitutionnelle, compte tenu du nouvel article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et de sa jurisprudence constante selon laquelle « si, en règle générale, il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer, de manière irréfragable, que tel soit toujours le cas ».

Un législateur qui choisirait cette option-là devra donc veiller à démontrer, pertinemment et clairement, en quoi son choix ne porterait aucunement atteinte à l'intérêt de l'enfant, valeur devenue incontournable dans notre société.

## Conclusion

41. Au terme de cette analyse, deux constats s'imposent.

D'une part, le droit de la filiation doit être réformé pour éviter une instabilité croissante dans la vie des personnes qui y sont confrontées.

Pour reprendre la métaphore de Nathalie Massager, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, nouveau Titanic créé par le législateur pour répondre aux nouveaux défis de la filiation, soit égaliser, sécuriser et moderniser, vient de rencontrer l'iceberg bien connu, la Cour constitutionnelle et va sans doute<sup>159</sup> petit à petit s'effondrer. Gageons que le législateur ne perde pas courage et qu'il remette encore une fois « sur le métier son ouvrage »<sup>160</sup> pour faire évoluer le droit de la filiation en conformité avec les évolutions sociales et avec les exigences de la Cour constitutionnelle belge.

D'autre part, l'intérêt de l'enfant est devenu un critère presque incontournable en matière de reconnaissance d'enfant, compte tenu des jurisprudences constitutionnelle et européenne. Le récent article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution vient évidemment renforcer ce sentiment. Comme nous l'avons souligné, ce critère pose certaines difficultés et il est légitime de s'interroger sur sa réelle opportunité en droit de la filiation.

Une troisième réforme, rompant définitivement avec le passé, verra-t-elle, donc, bientôt le jour ? Ou garderons-nous la ligne de conduite qui est la nôtre depuis le 31 mars 1987 et qui cherche, sans relâche, à établir un délicat équilibre entre divers intérêts ? L'intérêt de l'enfant a-t-il simplement gagné une bataille ou a-t-il gagné la guerre ? Armons-nous de patience et espérons que le législateur répondra à l'appel de la Cour constitutionnelle sans tarder.

<sup>157</sup> Un bon exemple gît dans la procédure en établissement de paternité intentée par un homme âgé de 45 ans, né d'une mère inconnue et d'un père condamnée à mort et exécuté quand il avait trois ans (Cass. fr., 25 octobre 2005, *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2006, pp. 38-39 cité par Nathalie MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 56, note 29).

<sup>158</sup> Cf. *supra* point 34.

<sup>159</sup> Voy *supra*, point 21, même si, évidemment, les jeux ne sont pas encore totalement faits.

<sup>160</sup> Expression empruntée à Nicolas BOILEAU, *L'art poétique*, chant I, cité par Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 365.